

Tilburg University

De actio Pauliana in Nederland en de wet op de remmende voorsprong

van Dijck, G.

Published in:

Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht

Publication date:

2005

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van Dijck, G. (2005). De actio Pauliana in Nederland en de wet op de remmende voorsprong. In J. Smits, & S. Stijns (Eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (pp. 393-410). Intersentia.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Dit artikel is gepubliceerd in Jan Smits & Sophie Stijns (Eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia, p. 393-410.)

mr. G. van Dijck*

De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong

1. Inleiding, vraagstelling en opzet

In het Nederlandse vermogensrecht is het voor een lange periode uitzonderlijk geweest dat een overeenkomst door een derde kan worden aangetast, terwijl contractpartijen ten tijde van de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst volledig wilsbekwaam, handelings- en beschikkingsbevoegd waren. De actio Pauliana had hiermee een voorsprong op het vermogensrecht, in die zin dat er weinig of geen vergelijkbare gevallen waren waarin een derde een inbreuk kon maken op een beschikkingshandeling van partijen.

In deze bijdrage onderzoek ik in hoeverre de actio Pauliana haar voorsprong kwijt is en of zij zelfs op achterstand is gezet door ontwikkelingen die in het vermogensrecht hebben plaatsgevonden. Gesteld dat dat laatste een probleem is, onderzoek ik tevens wat er dient te gebeuren om de actio Pauliana bij die belangrijke ontwikkelingen in het vermogensrecht te laten aansluiten en wat dat voor de toekomst van het leerstuk betekent. Deze analyses, die in de kern tot doel hebben te onderzoeken of de huidige actio Pauliana adequaat is, gaan in mijn ogen vooraf aan de vraag naar de wenselijkheid van harmonisatie of unificatie – een van de speerpunten van het *Ius Commune* – van dit leerstuk.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Ik beschrijf eerst en in het kort wat men thans naar Nederlands recht onder de actio Pauliana pleegt te verstaan, met andere woorden, wat de ratio is en wat de toepassingsvoorwaarden zijn (*par. 2*), om vervolgens diepgaander in te gaan op de vraag waarom de actio Pauliana een uitzonderlijk leerstuk is geweest (*par. 3*). Daarna richt ik mij op het aspect van de remmende voorsprong en vraag mij af of het leerstuk nog altijd zo uitzonderlijk is (*par. 4*). Zijn er bijvoorbeeld meer gevallen denkbaar waarin een derde, ondanks de beschikkingshandeling van wilsbekwame contractpartijen, (één van) die partijen aansprakelijk kan stellen voor nadeel dat hij heeft geleden ten gevolge van die beschikkingshandeling? Verondersteld dat dat het geval is, stel ik daarna de vraag of de actio Pauliana inmiddels op achterstand is gezet, anders gezegd, of zij is voorbijgestreefd door ontwikkelingen die in het Nederlandse vermogensrecht hebben plaatsgevonden en nog altijd plaatsvinden, en zo ja of dat erg is (*par. 5*). Daarvan uitgaande onderzoek ik vervolgens wat er dient te gebeuren om het leerstuk weer te laten aansluiten bij die belangrijke ontwikkelingen en wat dat betekent voor de actio Pauliana zelf (*par. 6*). Ik besluit deze bijdrage met enkele slotbeschouwingen (*par. 7*).

* Als onderzoeker verbonden aan het Centrum van Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg.

Een opmerking vooraf is dat ik mij in het vervolg van deze bijdrage beperk tot de Nederlandse actio Pauliana en ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. De aard van deze bijdrage – het afzetten van de actio Pauliana tegen ontwikkelingen in het vermogensrecht – maakt rechtsvergelijking moeilijk. Een dergelijk rechtsvergelijkend onderzoek vergt een brede en grondige kennis van verschillende rechtssystemen, zodat meerdere langdurige onderzoeksprojecten. Voorts duid ik met het begrip ‘actio Pauliana’ het leerstuk aan en dus niet alleen art. 3:45 BW. Wanneer ik art. 3:45 BW bedoel, vermeld ik dat er steeds uitdrukkelijk bij. Tot slot onderken ik op voorhand dat ik een aantal voorbeelden en uitspraken vrij uitvoerig behandel. Ik veronderstel dat de niet-ingewijde lezer de voorbeelden niet in alle gevallen paraat heeft.

2. Ratio en toepassingsvoorwaarden

De artt. 3:45 BW e.v. en 42-47 Fw, waar ik mij hierna op concentreer, vormen de voornaamste toepassingen van de actio Pauliana.¹ Terwijl art. 3:45 BW e.v. betrekking heeft op situaties *buiten* faillissement, zien de artt. 42-47 Fw op situaties *in* faillissement. Het voornaamste verschil is dat in het eerste geval elke individuele schuldeiser, en in het laatste geval uitsluitend de curator bevoegd is tot het instellen van de vordering.²

Voorop moet worden gesteld dat er weinig geschreven is en wordt over de ratio van de actio Pauliana. Om die te achterhalen lijkt te moeten worden teruggegrepen op de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet van 1896. Die stelt dat

‘de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den *schuldigen* derde, die tijdens zijne verwerving [...] bekend was met feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers moedwillig benadeelde’³

en dat

‘[h]et Romeinsche recht [...] eene handeling [vordert] in fraudem creditorum verricht. Het is echter herhaaldelijk en overtuigend aangetoond, dat hiermede niet bedoeld wordt het oogmerk om te benadeelen, maar dat veeleer de wil om te benadeelen, het bewustzijn der benadeeling, voldoende is’⁴.

De gedachte dat partijen een zekere wil, bedoeling, opzet of bewustzijn moeten hebben, is nog altijd heersend. Zij is niet aan kritiek onderhevig, de toepassingsvoorwaarden zijn ermee in overeenstemming en rechters beroepen zich nog altijd veelvuldig op de wetsgeschiedenis bij de faillissementspauliana⁵.

¹ Andere voorbeelden zijn art. 4:67 BW (giften door erfflater), art. 3:193 (verzet tegen verdeling gemeenschap) en art. 2:138 lid 9 danwel art. 2:248 lid 9 (rechtshandelingen door een bestuurder).

² T.J. Mellema-Kranenburg, *De actio Pauliana*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 2.

³ G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling* (deel I), Haarlem: Erven F. Bohn 1896, p. 433.

⁴ Van der Feltz, a.w., p. 439 (zie noot 3). Voorts HR 12 april 1900, W. 7427.

⁵ Bijvoorbeeld HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispens q.q./IFN*); HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN Amro*). Voorts HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*) en HR 20 november 1998, NJ 1998, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*), in welke uitspraken wordt verwezen naar de hiervoor genoemde arresten.

De actio Pauliana van art. 3:45 BW kent, evenals de faillissementspauliana van art. 42 Fw, grofweg drie vereisten. *Ten eerste* moet het gaan om een onverplichte rechtshandeling. Onverplicht wil zeggen dat ofwel er ten tijde van het verrichten van de handeling geen rechtsgrond voor de handeling bestond, ofwel dat er een verbintenis wordt nagekomen die ten tijde van de nakoming ervan niet opeisbaar is.⁶ Voorbeelden van een onverplichte rechtshandeling zijn de verkoop door de debiteur beneden de werkelijke waarde van het verkochte goed, de koop boven de werkelijke waarde daarvan, de betaling van een niet-opeisbare schuld, de verkoop met daaropvolgende verrekening, de inbetalinggeving en de schuldvernieuwing.

Ten tweede is een benadeling van schuldeisers vereist. Het begrip 'benadeling' komt overeen met het schadebegrip zoals dat in het privaatrecht wordt gehanteerd. Zij dient aanwezig te zijn op het moment dat de rechter over de vordering beslist⁷ en moet worden beantwoord aan de hand van een vergelijking tussen de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling en de situatie waarin zij feitelijk verkeren als de handeling onaangetast blijft.⁸ Komt uit die vergelijking naar voren dat de verhaalsposities van (sommige) crediteuren in negatieve zin zijn gewijzigd, bijvoorbeeld door een vermindering van het vermogen, dan kan worden gesproken van benadeling van schuldeisers.

Ten derde stelt zowel art. 3:45 BW als art. 42 Fw de eis van wetenschap van benadeling. Dit houdt in dat zowel de debiteur als de partij waarmee de benadelende handeling werd verricht, ten tijde daarvan wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van de handeling zou zijn. Daarnaast is vereist dat de handeling de insolventie van de debiteur heeft veroorzaakt of verergerd. Dit betekent dat geen wetenschap van benadeling wordt aangenomen indien contractpartijen een benadelende handeling verrichten op een moment dat de schuldenaar in staat was zijn schuldeisers te voldoen.⁹ Het Nederlandse privaatrecht kent met die insolventie-eis een zogenaamde 'enge' Pauliana.

In faillissement kunnen naast onverplichte handelingen ook verplicht verrichte handelingen worden aangetast, zoals betalingen en zekerheidsstellingen die voortvloeien uit een opeisbare verbintenis. Art. 47 Fw geeft daarvoor twee gronden. De eerste grond vindt toepassing indien degene die de betaling ontving, ten tijde van het ontvangen ervan wist dat het faillissement van zijn schuldenaar reeds was aangevraagd. De tweede grond is het zogenaamde 'overlegcriterium', dat ziet op een samenspanning tussen schuldeiser en schuldenaar, inhoudende dat beiden het oogmerk moeten hebben gehad om die schuldeiser boven andere te bevoordelen.¹⁰ De toepassingsvoorwaarden van verplichte handelingen zijn dermate eng, dat verplichte handelingen zelden met succes kunnen worden aangetast.¹¹

⁶ Dit volgt uit HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Eneca*).

⁷ HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*); HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (*Ravast/Ontvanger*); HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (*Boendermaker/Schopman*).

⁸ HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*). Vgl. HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389 (*V./Branderhorst*); HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (*B./Olifiers*); HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*).

⁹ HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*). HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 (*Ontvanger/KMP*). Vgl. C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 216-217 en T.J. Mellema-Kranenburg, a.w., p. 29 (zie noot 2).

¹⁰ Het laatste is bepaald in HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*) en herhaald in HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) en HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Siemon q.q.*).

¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Siemon q.q.*), waarin voor het eerst een beroep op het overlegcriterium tot en met de Hoge Raad werd gehonoreerd.

De bewijslast voor al deze vereisten rust in beginsel op de individuele crediteur (buiten faillissement) respectievelijk de curator (in faillissement), behalve wanneer het gaat om een rechtshandeling zonder tegenprestatie ('om niet'), zoals in het geval van een schenking. In dat geval is alleen wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar vereist, die wordt verondersteld indien de rechtshandeling ofwel één jaar vóór het faillissement (art. 45 Fw) danwel één jaar vóór het invoeren van de vernietigingsgrond (art. 3:47 BW) heeft plaatsgevonden. Wetenschap van benadeling wordt bij beide partijen tevens vermoed wanneer de handeling in dezelfde éénjarige periode is verricht met een gelieerd persoon, het gaat om een transactie waarbij de waarde van de ene verbintenis die van de andere aanmerkelijk overtreft, of indien de handeling bestaat uit een betaling van of zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld.¹²

3. Een revolutionair leerstuk ...

De toepassing van de actio Pauliana leidt als gezegd tot een inbreuk door een derde op een beschikkingshandeling van wilsbekwame partijen. Dat was gedurende een lange periode uitzonderlijk, omdat er veel waarde werd gehecht aan een beschikkingshandeling en de eigen autonomie, oftewel aan het opkomen voor eigen belangen.

Uit het autonomiebeginsel, dat wordt omschreven als de mogelijkheid tot zelfbepaling¹³, vloeit voort dat een ieder in beginsel volkomen bevoegd is om over zijn of haar vermogen te beschikken.¹⁴ Anders gezegd, een eigenaar moet in de gelegenheid worden gesteld zijn eigen belang na te streven door over zijn eigendom te kunnen beschikken. Hij moet eigendom kunnen verkrijgen en over kunnen dragen, terwijl de eigenaar van een vordering de mogelijkheid geboden moet krijgen om nakoming van die vordering te kunnen vorderen. Het laatste openbaart zich in de mogelijkheden die het privaatrecht biedt om nakoming te vorderen, beslag te leggen en zekerheidsrechten te kunnen vestigen.

Het autonomiebeginsel is in het Nederlandse vermogensrecht onderwerp van een theoretische discussie met als inzet de grondslag van de gebondenheid van derden bij een overeenkomst. De heersende opvatting, verdedigd door onder meer Nieuwenhuis¹⁵ en recenter Du Perron¹⁶, komt erop neer dat partijautonomie en het vertrouwensbeginsel de uitgangspunten vormen voor contractuele gebondenheid (van derden). Met name Vranken bestrijdt dit. Hij beschouwt de onderlinge verbondenheid van rechtsbetrekkingen als grondslag voor de gebondenheid (van derden) aan een overeenkomst.¹⁷

¹² Art. 3:46 BW jo. art. 43 Fw.

¹³ B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991, p. 28-29 en J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van het contractenrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 147, beiden met veel verdere (buitenlandse) verwijzingen. Zo ook J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 63.

¹⁴ Art. 5:1 lid 2 BW. Voorts Van der Feltz, a.w., p. 433 (zie noot 3).

¹⁵ J.H. Nieuwenhuis, a.w., p. 63 e.v. (zie noot 13). Als derde beginsel noemt Nieuwenhuis nog het causa-beginsel (p. 73 e.v.).

¹⁶ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 14-35.

¹⁷ J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 6472 (2002), p. 39 en 42-44 en eerder J.B.M. Vranken, a.w., p. 145-155 (zie noot 13).

Het is in deze bijdrage niet nodig verder over die discussie uit te weiden of daarin partij te kiezen. Voor deze bijdrage is van belang te weten dat beide stromingen een ontwikkeling waarnemen die zich in de jaren '60 van de vorige eeuw heeft ingezet en waarin derden steeds vaker rechten konden ontlelen aan overeenkomsten, eraan konden worden gebonden of er een inbreuk op konden maken.¹⁸ Deze ontwikkeling dwingt tot een andere wijze van omgaan met het autonomiebeginsel.¹⁹ De verandering komt hierop neer dat personen niet alleen rekening dienen te houden met hun eigen belangen, maar tevens met die van anderen. Oftewel, partijen dienen frequenter en intensiever de autonomie van anderen te respecteren. Als gezegd, in beide stromingen wordt deze ontwikkeling waargenomen. Bijvoorbeeld Du Perron:

‘Zij [de uitbreiding van de werking van de redelijkheid en billijkheid] is een verschijningsvorm van een algemene ontwikkeling: in de loop van deze eeuw heeft in steeds ruimer verband erkenning gevonden dat personen die daartoe niet op grond van de wet of een contract zijn gehouden, naar ongeschreven recht verplicht zijn met elkaars belangen rekening te houden’.²⁰

Voorts Vranken:

‘Steeds vaker moeten contractspartijen bij het vaststellen van de inhoud van hun contract en, vooral, bij de afwikkeling ervan rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van derden [...]’.²¹

Ik duid de ontwikkeling van het rekening houden met elkaars belangen in het vervolg ook wel als de opkomst van het zorgplichtbegrip.²²

De gedachte dat men in zekere mate rekening moet houden met de autonomie van een ander is weliswaar pas recentelijk actueel geworden, maar vindt reeds haar oorsprong in de Romeinse tijd. De actio Pauliana laat dit zien.²³ In zoverre liep de actio Pauliana al eeuwen vooruit op het leerstuk van de overeenkomst en derden, meer in het bijzonder de gedachte dat partijen bij het verrichten van een handeling niet alleen met eigen en elkaars belangen, maar ook met (verhaals)belangen van derden rekening dienen te houden.

4. ... dat haar voorsprong kwijt is ...

De opkomst van het zorgplichtbegrip doet vermoeden dat de actio Pauliana niet langer revolutionair is en dat er inmiddels meer voorbeelden zijn waarin partijen die in een rechtsverhouding tot elkaar staan rekening dienen te houden met verhaalsbelangen van derden. Welke zijn die voorbeelden? En welke criteria zijn daar bepalend voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid van een handeling? Kortom, hoe heeft het

¹⁸ Uitbreider J.B.M. Vranken, ‘De derde in het overeenkomstenrecht’, *WPNR* 6288 en 6289 (1997), p. 715-720 en p. 735-739, C.E. du Perron, a.w., p. 82 (zie noot 16).

¹⁹ Niet: een andere *invulling* van het begrip autonomie.

²⁰ C.E. du Perron, a.w., p. 82 (zie noot 16).

²¹ J.B.M. Vranken, a.w., p. 716 (zie noot 18).

²² De ontwikkeling wordt ook wel aangeduid als de solidariteit van het privaatrecht, zie bijvoorbeeld M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003.

²³ Voor de – vergelijkbare – toepassingsvoorwaarden onder Romeins recht zie J.A. Ankum, *Geschiedenis der “actio Pauliana”*, Zwolle: Tjeenk Willink 1962, p. 64 e.v.

rekening houden met verhaalsbelangen van derden zich in de praktijk gemanifesteerd? Ik behandel achtereenvolgens het profiteren van andermans wanprestatie, bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, aansprakelijkheid wegens selectieve betaling en de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid.

Profiteren van de wanprestatie van een ander

Onder het profiteren van de wanprestatie van een ander wordt verstaan het sluiten van een overeenkomst in de wetenschap dat daardoor een reeds bestaand recht van een derde wordt gefrustreerd. In de vorm van een casus: A koopt een huis van B, waardoor wordt voorkomen dat de koopoptie kan worden nagekomen die de derde (C) op het huis had. Voor het aannemen van aansprakelijkheid (van A tegenover C) zijn naast de kenbaarheid van de wanprestatie, bijkomende omstandigheden vereist zoals de ernst van het nadeel, de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, de mate waarin de aangesproken partij de wanprestatie heeft beïnvloed of uitlokken van de wanprestatie, alsmede een eventuele bijzondere vertrouwenspositie.²⁴ De gelijkenis met de actio Pauliana is evident. Afgezien dat de derde in beide gevallen op kan komen tegen een beschikkingshandeling van contractpartijen, is wetenschap van benadeling bij zowel de actio Pauliana als bij het gevaltype van het profiteren van andermans wanprestatie een belangrijk gezichtspunt om de (on)geoorloofdheid beoordelen.

Bestuurdersaansprakelijkheid – kennelijk onbehoorlijk bestuur

Om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan, werd in 1987 de Derde Misbruikwet in het privaatrecht ingevoerd.²⁵ Dit resulteerde onder meer in art. 2:138 en art. 2:248 BW, onder welke bepalingen bestuurders van rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het tekort van de boedel indien zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en indien aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon. De gedachte hierachter is dat schuldeisers van een rechtspersoon niet de dupe mogen worden van bestuurders die onverantwoordelijk handelen in de wetenschap dat zij daarmee schuldeisers benadelen.²⁶ Een curator is in faillissement dan ook bevoegd om ten behoeve van benadeelde derden, de schuldeisers, een vordering wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur in te stellen. Ook hier blijken benadeling van schuldeisers en wetenschap van benadeling belangrijke omstandigheden bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Aansprakelijkheid wegens selectieve betaling

Indien een vennootschap zijn schuldeisers selectief voldoet en de vennootschap daarna en ten gevolge daarvan andere crediteuren niet blijkt te kunnen betalen, kan een ander dan de vennootschap aansprakelijkheid worden geacht voor de resterende

²⁴ Met name HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (*Eilandgebied Curaçao/Erven Boyé*). Voor andere illustraties zie o.m. HR 23 december 1955, NJ 1956, 54 (*Staat/De Ranitz q.q.*); HR 13 januari 1961, NJ 1962, 245 (*K.I.M./Sieverding*); HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246 (*Nebeja/Grundig*); HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (*Streefland/van der Graaf*); HR 26 mei 1967, NJ 1967, 331 (*Hersch/Rekko*); HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (*Pos/van den Bosch*); HR 28 juni 1974, NJ 1974, 400 (*Kamsteeg/CPM*); HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89 (*Verboom/Staat*); HR 8 december 1989, NJ 1990, 217 (*Scheerders/van Hoek*); HR 10 november 1995, NJ 1996, 270 (*Luttikhuisen/VMH*).

²⁵ Stb. 1986, 275.

²⁶ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (*Gilhuis q.q./H.*).

schulden. Een dergelijke aansprakelijkheid neemt men met name aan wanneer die ander zich intensief met de vennootschap heeft bemoeid en heeft toegestaan dat de selectieve betalingen plaatsvonden. Vooral het Coral/Stalt-arrest is illustratief voor dit type aansprakelijkheid.²⁷

Wanneer Forsythe, een 100% dochter van Stalt, wordt veroordeeld tot betaling van \$ 454.681,76 aan één van haar schuldeisers – Coral – blijkt dat Forsythe haar activiteiten heeft beëindigd. De handelscrediteuren van Forsythe zijn (deels) voldaan, en kort voor de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten heeft dochter Forsythe een aandelenpakket aan Stalt overgedragen en met de opbrengst de groeps- en resterende handelscrediteuren voldaan. Betaling aan Coral blijft uit en Coral stelt moedervernootschap Stalt aansprakelijk. De Hoge Raad oordeelt dat Forsythe niet de vrijheid had om de groepscrediteuren met voorrang te voldoen boven andere crediteuren als Coral en acht moeder Stalt aansprakelijk omdat zij zich (i) intensief met de gang van zaken bij Forsythe had bemoeid en (ii) de selectieve betalingen op basis van subjectieve criteria in de hand had gewerkt of had toegestaan, in de wetenschap dat Coral daardoor geen verhaal meer zou vinden bij Forsythe, met andere woorden, in de wetenschap dat Coral door de betalingen zou worden benadeeld. Ook oordeelt hij dat, nu Stalt zich intensief met de gang van zaken bij Forsythe had bemoeid, de kennis en verantwoordelijkheden van moeder Stalt gelijk moeten worden gesteld met die van haar dochter Forsythe.

*Aansprakelijkheid wegens het wekken van schijn van kredietwaardigheid*²⁸

Het is bekend dat kredietverschaffende banken en moedervernootschappen in de regel alleen krediet verlenen in ruil voor een sterke verhaalspositie.²⁹ De beschikkingshandeling – het vestigen van zekerheidsrechten – waardoor die sterke positie ontstaat, voorkomt echter niet dat men schade moet vergoeden die derden ten gevolge van die beschikkingshandeling lijden. Deze gedachte vindt haar oorsprong in het Erba-arrest van 1959, waarin de Hoge Raad oordeelde dat

‘[...] het [...] in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer t.a.v. eens anders goed betaamt, dat een bank, die crediet verleent tegen beding van zekerheidsstelling [...], hetzij willens en wetens, hetzij door gebrek aan zorg voor de belangen van anderen [...], ten koste van nieuwe leveranciers wordt voldaan [...]’.³⁰

Een vergelijkbare rechtsregel wees de Hoge Raad in het Osby-arrest.³¹ Daarin had niet een bank, maar moedermaatschappij Osby-Zweden krediet verstrekt aan een 100%-dochter, Osby-Nederland, die op dat moment in financiële moeilijkheden

²⁷ HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (*Coral/Stalt*). Voor een ander voorbeeld van aansprakelijkheid wegens selectieve betaling zie HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*). Voorts HR 22 mei 1931, *NJ* 1931, 1429 (*Bel/Bergers*). Voor een geval waarin geen aansprakelijkheid werd aangenomen zie HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/BLG*).

²⁸ Er zijn twee categorieën van dit type aansprakelijkheid. De *eerste* is die waarin door verklaringen of gedragingen bij schuldeisers de indruk wordt gewekt dat zij van doen hebben met een kredietwaardige debiteur. De *tweede* categorie betreft situaties waarin sprake is van kredietverlening in ruil voor zekerheidsstelling. Zie voorts N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004, p. 144. In deze bijdrage richt ik mij uitsluitend tot de laatste categorie. Overigens is de term ‘schijn van kredietwaardigheid’ voor dit type gevallen arbitrair, omdat de kredietnemer zonder het krediet niet kan voortbestaan, N.W.M. van den Heuvel, a.w., p. 146.

²⁹ Over de rol en het belang van zekerheidsrechten, N.W.M. van den Heuvel, a.w., p. 102 e.v. (zie noot 28), met verdere verwijzingen.

³⁰ HR 28 juni 1957, *NJ* 1959, 514 (*Erba I*).

³¹ HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*).

verkeerde. In ruil voor het krediet had de moeder een zekerheidsstelling bedongen die betrekking had op nagenoeg alle activa van de dochter. Twee jaar later faillieert de dochter en stelt een schuldeiser de moeder aansprakelijk. Hij, de schuldeiser, had materialen aan de dochter geleverd en vond in faillissement geen verhaal voor de nog openstaande vorderingen, mede omdat de moeder vrijwel alle activa in – het toen nog toegestane – zekerheidseigendom had gekregen. Wanneer de zaak voor de Hoge Raad komt, oordeelt deze dat indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, sprake kan zijn van een onrechtmatige daad. Dit geldt met name indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft dat zij wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal en heeft nagelaten er zorg voor te dragen dat die schuldeisers zouden worden voldaan.

Het oordeel van de Hoge Raad komt neer op het aannemen van een zorgplicht van de moeder die feitelijk reeds bestaat op het moment dat de dochter nog kredietwaardig is, in die zin dat een moedervereniging die zich bemoeit met haar dochtermaatschappijen zich moet vergewissen van de financiële toestand van die dochters en dient in te grijpen indien zij insolvent raken of dreigen te raken. Het schenden van die zorgplicht biedt benadeelde derden – schuldeisers – de mogelijkheid om de door hen en ten gevolge daarvan geleden schade te verhalen.

Conclusie

De voorlopige conclusie is dat de actio Pauliana de voorsprong die zij op het privaatrecht had, kwijt is. Er zijn inmiddels tal van gevallen en voorbeelden waarin derden, meestal schuldeisers, ondanks een beschikkingshandeling van partijen, (één van) die partijen met succes aansprakelijk kunnen stellen voor het ten gevolge van de beschikkingshandeling geleden nadeel. De normen aan de hand waarvan die gevallen en voorbeelden worden beoordeeld lijken vaak op de normen die bij de actio Pauliana bepalend zijn om de (on)geoorloofdheid van een handeling te beoordelen.

5. ... en zelfs op achterstand staat

Zijn de ontwikkelingen binnen het leerstuk van de overeenkomst en derden én daarbuiten echter niet zó ver gegaan dat de actio Pauliana inmiddels op achterstand staat, in die zin dat de actio Pauliana de aansluiting bij die ontwikkelingen heeft verloren? Ik doel daarbij op de aansluiting met het zorgplichtbegrip (*par. 5.1*), de opkomst van gezichtspuntencatalogi (*par. 5.2*) en de objectivering van normen (*par. 5.3*).³²

5.1 Zorgplichtbegrip

De inbreuk die een succesvolle toepassing van de actio Pauliana op een beschikkingshandeling tot gevolg heeft, is thans gering. Ten eerste dient het te gaan om (i) handelingen die (ii) in het zicht van het faillissement hebben plaatsgevonden. Ten tweede moet de debiteur een zekere wil, intentie, opzet of het bewustzijn hebben gehad om zijn schuldeisers te benadelen. Ten derde is een zekere ‘medeplichtigheid’ (wetenschap) vereist van degene waarmee de benadelende handeling is verricht. In het geval van een verplichte handeling is de inbreuk nog geringer. Dan is aantasting

³² Ik besef dat er veel meer over deze drie ontwikkelingen te zeggen valt dan ik hierna doe en dat ze elkaar op onderdelen overlappen.

alleen mogelijk in het geval van wetenschap van de faillissementsaanvraag of indien zowel schuldeiser als schuldenaar een oogmerk om te bevoordelen hebben gehad.

Sluit de actio Pauliana daarmee aan bij de wijze waarop zorgplichten elders in het vermogensrecht toepassing vinden? Daar wordt aansprakelijkheid niet alleen aangenomen indien er sprake is van een zekere bedoeling, intentie, opzet of bewustzijn, maar lijkt het rekening houden met belangen van derden verder te gaan. Dat ‘verder’ bestaat voornamelijk uit het vergen van een actieve opstelling.³³ Zij brengt mee dat partijen een grotere verantwoordelijkheid hebben tegenover anderen.

De actieve opstelling van zorgplichten betekent concreet dat partijen soms handelingen moeten verrichten om nadeel bij anderen te voorkomen. De talloze andere informatie-, mededelings-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten illustreren dit. Alle dwingen ze tot een coöperatieve opstelling van partijen om nadeel aan weerszijden te beperken. De actieve opstelling verlangt tevens van partijen dat zij achteraf kunnen aantonen dat zij aan hun informatie-, mededelings-, onderzoeks- of waarschuwingsplicht hebben voldaan. In dit licht heeft Van den Heuvel er recentelijk voor gepleit om huisbanken in faillissement te verplichten inzichtelijk te maken hoe zij zijn omgegaan met hun in financiële moeilijkheden verkerende en uiteindelijk gefailleerde kredietnemer.³⁴ Zij pleit voor een grotere verantwoordelijkheid voor banken, in die zin dat niet alleen een handeling, maar ook een nalaten – het verzuim maatregelen te nemen – tot aansprakelijkheid kan leiden.

In tweepartijenverhoudingen is de toepassing van die grotere verantwoordelijkheid breed. Aansprakelijk bijvoorbeeld is de geneesmiddelenfabrikant die heeft nagelaten te waarschuwen voor mogelijke bijwerkingen van haar medicijnen waardoor gebruikers nadeel leden. Hetzelfde geldt voor de verkoper van een huis die de koper verzuimt te waarschuwen voor verborgen gebreken. Aansprakelijkheid wegens een nalaten wordt echter niet alleen in tweepartijenverhoudingen, maar ook in driepartijenverhoudingen aanvaard. Een goed voorbeeld hiervan geeft het Sobi/Hurks II-arrest, dat in de lijn van aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid kan worden geplaatst en waarbij de gedachte van Van den Heuvel goed aansluit.

In Sobi/Hurks II³⁵ bestond er een rekening-courantverhouding tussen Hurks Bouwgroep en HBA, een 100% dochter van Hurks Bouwgroep. Tussen het ‘Hurks-concern’ en de bank, die krediet aan het concern verleende, bestond een compte-joint overeenkomst, een gezamenlijke rekening waar zowel de Bouwgroep als HBA aansprakelijk voor waren. Tussen het voorjaar van 1984, wanneer HBA in ernstige financiële problemen komt te verkeren, en oktober 1984, wanneer HBA failliet wordt verklaard, lost HBA een deel van de schuld aan de bank af. SOBI, vertegenwoordiger van schuldeisers van HBA, spreekt dan onder meer de Bouwgroep aan voor de onbetaalde vorderingen van de schuldeisers. In de ogen van SOBI had de Bouwgroep moeten voorkomen dat er vorderingen bij nieuwe crediteuren van HBA zijn ontstaan die niet meer door HBA konden worden nagekomen. De Hoge Raad oordeelt dat de Bouwgroep zich had moeten laten informeren over de financiële situatie van HBA en dat zij zich de kredietwaardigheid van de dochter aan had moeten trekken. Ook had de

³³ Vgl. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom 2003, p. 42.

³⁴ N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. UvT Tilburg), Den Haag: Boom 2004, met name p. 162-163.

³⁵ HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6 (*Sobi/Hurks II*).

Bouwgroep, op het moment waarop dat nodig was, maatregelen moeten nemen om (verdere) schade bij de crediteuren te voorkomen.

Evenals in het Osby-arrest legt de Hoge Raad de moedermaatschappij een zorgplicht op die feitelijk reeds bestaat op het moment dat de dochter nog kredietwaardig is. Hij oordeelt dat een moedervennootschap die zich bemoeit met haar dochtermaatschappijen zich – actief – moet vergewissen over de financiële toestand van die dochters en – actief – dient in te grijpen indien zij insolvent raken of dreigen te raken. De zorgplicht beperkt zich dus niet tot handelingen; ook wanneer de moeder nalaat zich de kredietwaardigheid van de dochter aan te trekken, kan aansprakelijkheid volgen.

En die uitspraak staat niet op zichzelf. Ik noem ook het voorbeeld van aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, waarin de Hoge Raad de moedermaatschappij van de selectief betalende dochter aansprakelijk acht omdat de moeder de selectieve betalingen in de hand had gewerkt of had *toegestaan* en waarin hij oordeelt dat de kennis en verantwoordelijkheden van de dochter op de moeder overgaan. De uitspraak impliceert een vergaande actieve houding van de moedervennootschap. Ze brengt mee dat moedermaatschappijen aansprakelijk kunnen zijn indien ze niet voorkomen dat hun dochtermaatschappijen de vorderingen van groepscrediteuren met voorrang boven anderen – selectief – voldoen. Voorts blijkt de actieve houding uit het feit dat de moeder die zich intensief met een dochtervennootschap bemoeit, dezelfde kennis en verantwoordelijkheden heeft als de dochter.

Tot slot noem ik nog de aansprakelijkheid van bestuurders wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ook hier is aansprakelijkheid niet beperkt tot handelingen, maar omvat het ook een nalaten, in die zin dat bestuurders kan worden verweten dat zij hebben nagelaten handelingen te verrichten op een moment dat dat noodzakelijk was.

De actieve opstelling van partijen jegens derden is in zoverre tot de actio Pauliana doorgedrongen dat het aantasten van onverplichte handelingen door de in 1987³⁶ en 1992³⁷ ingevoerde bewijslastomkeringen is vereenvoudigd. Hierbij moet echter de kanttekening worden geplaatst dat de aangesproken partij kan volstaan met het aantonen van de omstandigheid dat de debiteur ten tijde van het verrichten van de handeling in staat was zijn schuldeisers te voldoen.³⁸

Waar het verplichte handelingen betreft (art. 47 Fw) kan echter nauwelijks worden gesproken van een actieve opstelling. Behalve in het geval van samenspanning of wanneer de crediteur ten tijde van de handeling wist dat het faillissement van zijn schuldenaar was aangevraagd, zijn schuldeisers volledig bevoegd tot het innen van hun vorderingen. Voorts is het nog altijd aan de curator om één van deze – moeilijk aan te tonen – omstandigheden aannemelijk te maken.

Het bevreemdt dat sinds 1896, het jaar waarin art. 47 Fw in werking trad, deze aantastingsgronden nog altijd restrictief worden toegepast. Sindsdien is, mede door de industrialisering en de veranderde economische structuren, het belang van het betalingsverkeer namelijk sterk toegenomen. De opkomst van kredietverlening en de toenemende vraag naar krediet heeft geleid tot een concentratie van geld bij banken en ondernemingen en tot een toename van relaties tussen ondernemingen en banken en ondernemingen onderling.³⁹ Deze verschijnselen hebben op hun beurt geresulteerd

³⁶ M.b.t. de faillissementspauliana (zie Stb. 1986, 275 jo. Stb. 1986, 295).

³⁷ M.b.t. de actio Pauliana buiten faillissement.

³⁸ Dit volgt uit HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*).

³⁹ A.P.H.C.M. Jaspers, *Rechtspreken in de maatschappij* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 248-249, met verdere verwijzingen in de noten 8-10 aldaar.

in een sterke opkomst van rekening-courantverhoudingen, compte-joint overeenkomsten, intercompany-vorderingen en het plaatsmaken van chartaal geld voor giraal geld (dematerialisatie). De toename van het aantal betalingen en het belang van het betalingsverkeer brengt mee dat benadeling van schuldeisers frequenter en op andere wijzen plaatsvindt dan tot op heden is aangenomen. In dit licht, in samenhang met de ontwikkeling van het zorgplichtbegrip, zie ik niet in waarom crediteuren nog altijd passief mogen zijn, waarom van hen geen grotere verantwoordelijkheid wordt verwacht tegenover medeschuldeisers, kortom, waarom betalingen niet vaker als ongeoorloofd worden gekwalificeerd.

5.2 *Opkomst van gezichtspuntencatalogi*

Het aannemen van een grotere verantwoordelijkheid voor schuldeisers die een betaling in ontvangst nemen tegenover medecrediteuren betekent dat er niet langer een strikt onderscheid kan worden gemaakt tussen een verplichte en een onverplichte handeling. Het onderscheid verwordt daarmee tot een gezichtspunt. Dit wil niet zeggen dat het onderscheid geheel moet worden losgelaten, alleen dat er op een andere wijze mee dient te worden omgegaan. Het geheel loslaten van het onderscheid zou geen recht doen aan het 'pacta sunt servanda'.

Dit brengt mij op een ander punt. De actio Pauliana mist namelijk ook elders de aansluiting met ontwikkelingen in het vermogensrecht. Bijvoorbeeld met de contextualisering: het afwegen van belangen in een concrete situatie en het beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval. Door de overgang van het 19^e eeuwse toepassingsdenken naar belangenafweging ontstond een steeds groter wordende noodzaak tot het uitleggen van normen en het wegen van feiten. Thans gebeurt dit vaak aan de hand van (lijsten van) gezichtspunten, oftewel gezichtspuntencatalogi. Het betreft gezichtspunten als de voorzienbaarheid, kenbaarheid, ernst, omvang, duur en aard van het nadeel, de mate waarin en de wijze waarop.

De eerste voorbeelden van gezichtspuntencatalogi stammen uit de jaren '60, waarin in arresten als *Saladin/HBU* en *Kelderluik* voor het eerst met dergelijke lijsten werd gewerkt.⁴⁰ Thans vinden ze een brede toepassing, van procesrecht⁴¹ tot faillissementsrecht⁴², van onrechtmatige daad⁴³ tot verjaring⁴⁴. Een gezichtspuntencatalogus treft men ook (al) aan bij de beoordeling van driepartijenverhoudingen. Bijvoorbeeld bij de wijze waarop het profiteren van andermans wanprestatie wordt beoordeeld, waar de onrechtmatigheid afhankelijk is van wetenschap en bijkomende omstandigheden als de ernst van het nadeel, de

⁴⁰ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*) resp. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

⁴¹ HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 161 (*Tromp/Regency Residence*), waarin is uitgemaakt dat de onrechtmatigheid van het leggen van conservatoir beslag afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder 'de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen'.

⁴² Bijvoorbeeld HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon II*), waarin is bepaald dat een curator bij het afwikkelen van een faillissement niet alleen, zoals uit de Faillissementswet voortvloeit, rekening dient te houden met belangen van schuldeisers, maar soms ook andere gezichtspunten in zijn beleidsafwegingen heeft te betrekken, zoals belangen van maatschappelijke aard.

⁴³ Zie bijvoorbeeld het eerder aangehaalde *Kelderluik*-arrest (zie noot 40). Er zijn overigens voorbeelden te over.

⁴⁴ HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*)

voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, de mate waarin de aangesproken partij de wanprestatie heeft beïnvloed, het uitlokken van de wanprestatie, alsmede een eventuele bijzondere vertrouwenspositie.⁴⁵

Bij de actio Pauliana houdt men daarentegen nog altijd vast aan klassieke en strakke eisen als verplicht-onverplicht en wetenschap. Weliswaar komt een gezichtspunt als de gelieerdheid van partijen terug bij de bewijslastomkeringen van art. 3:46 BW en art. 43 Fw, maar deze omkeringen hebben als gezegd een beperkte reikwijdte. Zij vinden slechts toepassing ten aanzien van (i) een beperkte categorie van gelieerde personen en (ii) ten aanzien van rechtshandelingen die één jaar vóór het instellen van een vordering respectievelijk één jaar vóór het faillissement zijn verricht. Voorts kan een bewijsvermoeden worden weerlegd door aan te tonen dat er geen dreiging was van een naderend faillissement.⁴⁶

5.3 Objectivering van normen

Biedt de actio Pauliana dan geen ruimte om andere omstandigheden een rol te laten spelen, bijvoorbeeld in het kader van de wetenschapscriteria? Ik meen van wel, maar niet zonder het objectiveren van criteria.

Als gezegd gaat het bij de actio Pauliana nog altijd om een zekere opzet, een bewustzijn of soms zelfs een oogmerk. In hoeverre verhoudt dit zich tot de objectivering van normen, welke ontwikkeling evenals de opkomst van gezichtspuntencatalogi verband houdt met de overgang van (het 19^e eeuwse) toepassingsdenken naar belangenafweging? Het afwegen van belangen in een concrete situatie maakte het voor de wetgever onmogelijk om ieders rechtssfeer af te bakenen, met als gevolg dat intenties van de handelende persoon op de achtergrond kwamen te staan.⁴⁷ Geobjectiveerde normen kenmerken zich dan ook doordat zij zijn geabstraheerd van de (subjectieve) intenties van de dader.

De objectivering heeft onder meer geleid tot het denken in hoedanigheden.⁴⁸ Functionele vergelijkingen met de ‘normale mens’, een ‘redelijk denkend persoon’ of een ‘over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator’ zijn daar een uitvloeisel van. Dergelijke maatstaven dienen als ondergrens; alleen verhoogde kennis en ervaring tellen mee.⁴⁹ Zo hebben banken, in de hoedanigheid van deskundige, een

⁴⁵ Zie nader par. 4. Dezelfde ontwikkeling komt ook terug in gevaltypen die ik eerder beschreef. Zie bijvoorbeeld HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Gilhuis q.q./H.*), waarin de Hoge Raad stelde dat het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan toen het Hof de ‘[...] opzet om crediteuren te benadelen en een even duidelijke bedoeling om de eigen vennootschap ten koste van de crediteuren te bevoordelen, niet heeft aangemerkt als vereisten waaraan voldaan moet zijn om te kunnen oordelen dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar slechts heeft aangemerkt als één van de concrete omstandigheden [mijn curs.] waaruit kan volgen dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur’.

⁴⁶ Vgl. HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*) m.nt. PvS.

⁴⁷ C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, ‘De rechtsgrond voor de objectivering der begrippen goede trouw, schuld, dwaling e.d.’, *WPNR* 1933 (artikelenreeks 3339-3340), p. 555; A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 189 en 225.

⁴⁸ Uitgebreid over dit verschijnsel R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

⁴⁹ G.H.A. Schut, ‘Objectivering en subjectivering in het privaatrecht’, in: *Non sine causa*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 405.

zorgplicht tegenover de beleggende cliënt⁵⁰, en wordt iedere notaris verondersteld onafhankelijk te zijn.⁵¹

Ook de actio Pauliana is in zekere mate geobjectiveerd. Zo werd het wetenschaps criterium van art. 42 Fw aanvankelijk subjectief uitgelegd, terwijl de schuldenaar voor het geslaagd aantasten van een schenking – voorheen art. 44 Fw – op het ogenblik van de schenking – subjectief – moest hebben geweten dat hij zijn schuldeisers door die schenking zou benadelen. Deze subjectieve criteria werden later geobjectiveerd. De rechtbank Alkmaar⁵² vergeleek in 1927 de schuldenaar met ‘een normaal mens’, de rechtbank Almelo⁵³ bepaalde een jaar later dat onder ‘weten’ uit de oorspronkelijke artt. 42 en 44 Fw tevens moest worden verstaan het ‘redelijkerwijs moeten weten’ en het Hof ’s-Gravenhage⁵⁴ eiste in 1939 dat ‘wetenschap’ in de zin van art. 1377 BW (oud) inhield ‘datgene wat de schuldenaar *klaarblijkelijk* [mijn curs.] heeft moeten begrijpen’. Deze objectivering is omstreeks 1992, met de invoering van het huidige BW, gecodificeerd. Thans geldt voor het aantasten van onverplichte handelingen dan ook als eis dat schuldeiser én schuldenaar wisten of *behoorden* te weten dat door de handeling schuldeisers van de debiteur zouden worden benadeeld.

Hoewel de normen voor het aantasten van onverplichte handelingen in zekere mate zijn geobjectiveerd, ligt dat voor het aantasten van verplichte handelingen anders. Om overleg in de zin van art. 47 Fw aan te tonen is een – subjectief – oogmerk vereist, terwijl het wetenschaps criterium zo eng is dat objectiveren nauwelijks mogelijk is.

Bovendien, gaat de objectivering bij de beoordeling van onverplichte handelingen wel ver genoeg?⁵⁵ De ratio van de actio Pauliana, die de criteria en de toepassing ervan inkleurt, is dat er sprake moet zijn van een opzet (intentie) van partijen. Objectiveren betekent daarentegen minder aandacht voor intenties en meer aandacht voor belangen. Of anders gezegd, het verplaatsen van de zwaartepunt van het subject (de persoon) naar het object (de handeling of het nalaten). Net als bij de onrechtmatige daad, waar vooral de *maatschappelijke* zorgvuldigheid bepalend is voor de onrechtmatigheid en veel minder de minder de specifieke verwijtbaarheid van de persoon van de dader. De actio Pauliana zou op een vergelijkbare wijze moeten worden geobjectiveerd. Tenminste, indien men meent dat de actio Pauliana moet aansluiten bij de ontwikkeling van de objectivering van normen.

5.4 Conclusie

Is het eigenlijk erg dat de actio Pauliana niet aansluit bij ontwikkelingen als de objectivering van normen, de opkomst van gezichtspuntencatalogi en het zorgplichtbegrip? Ja. Niet dat die ontwikkelingen en het huidige recht moeten worden

⁵⁰ Bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, *RvdW* 2003, 123 (*van Zuylen/Rabobank*). Over de zorgplicht van banken W.H. van Boom, ‘Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger’, *NTBR* 2003/10, p. 555-564, met aandacht voor psychologische aspecten van beleggen.

⁵¹ Art. 17 Wet op het Notarisambt.

⁵² Rb. Alkmaar 16 juni 1927, *NJ* 1928, 133.

⁵³ Rb. Almelo 15 februari 1928, *NJ* 1928, 815.

⁵⁴ Hof ’s-Gravenhage 19 juni 1939, *NJ* 1939, 815.

⁵⁵ Ik doel hier met name op de gevallen waarin de benadelende handeling niet met een gelieerd persoon is verricht.

verabsoluteerd, integendeel⁵⁶, maar ze geven een weerslag van voorlopige maatschappelijke opvattingen en bevatten daar waardevolle informatie over.⁵⁷ Nu het leerstuk van de actio Pauliana op onderdelen niet aansluit bij ontwikkelingen die zich in het vermogensrecht hebben voorgedaan en die nog altijd plaatsvinden, moet worden verondersteld dat het leerstuk niet langer aansluit bij in de maatschappij heersende opvattingen. Die veronderstelling vindt steun in de kritiek die op de faillissementspauliana wordt geuit en zich met name keert tegen de enge en strikte toepassingsvoorwaarden van art. 47 Fw.⁵⁸ Het lijkt tijd te worden voor een revisie.⁵⁹

6. Toekomst van de actio Pauliana

Waar leidt een revisie toe? Anders gezegd, wat is de toekomst van de actio Pauliana indien bij de hiervoor genoemde ontwikkelingen wordt aangesloten? Het gaat te ver om deze vraag binnen dit bestek gedetailleerd te beantwoorden.⁶⁰ De consequenties zijn voor een preciezere uitwerking te ingrijpend en verstrekkend.

Één van die verstrekkende gevolgen is dat partijen frequenter en intensiever rekening dienen te houden met belangen van derden. De zorgplicht dient zich daarbij niet te beperken tot handelingen in het zicht van een faillissement. Zo hebben sommige personen een dusdanig sterke onderhandelingspositie dat zij al geruime tijd vóór het faillissement van de debiteur kunnen anticiperen en hun verhaalsposities kunnen versterken. Een bekend voorbeeld is dat van banken, die hun cliënten (kredietnemers) ten tijde van het sluiten van een kredietovereenkomst (kunnen) dwingen vrijwel alle bestaande en toekomstige activa te verpanden. Dit gebeurt vaak op een moment dat de debiteur/kredietnemer financieel gezond is, zodat reeds op dat moment de plicht bestaat om rekening te houden met verhaalsbelangen van crediteuren van de kredietnemer. De ongeoorloofdheid kan daarmee uit zowel een handelen als een nalaten bestaan, in die zin dat banken ook kan worden verweten niet te hebben gehandeld op een moment dat de kredietnemer in financiële moeilijkheden verkeerde.

Het verbinden van consequenties aan de gedachte dat ook bij een nalaten sprake kan zijn van ongeoorloofdheid brengt mee dat naast banken ook moedermaatschappijen, bestuurders of soms zelfs aandeelhouders schadeplichtig zijn indien zij verzuimen in te grijpen in de in financiële problemen geraakte vennootschap waar zij invloed op hebben. En dat betekent dat de actio Pauliana

⁵⁶ Zo heb ik betoogd de fundamenteen van het Nederlands goederenrechtelijk systeem (op een aantal onderdelen) ter discussie te stellen, omdat dat systeem onder druk blijkt te staan, zie G. van Dijck & N.W.M. van den Heuvel, 'Discussiëren over goederenrecht', *TvI* 2004/5 (lustrumspecial), p. 191-200.

⁵⁷ J.M. Barendrecht, *Recht als model voor rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 33.

⁵⁸ Die kritiek blijkt met name uit voorstellen tot het oprekken van de criteria. Voor deze voorstellen, en de kritiek erop zie R.D. Vriesendorp, 'Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 65-79; S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'Honderd jaar faillissementswetgeving', *TvI* 1996/5, p. 126; R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van artikel 47 Fw nader verkend', *TvI* 1999/10, p. 172-180.; F.P. van Koppen, 'Geen twijfel meer mogelijk: de Hoge Raad legt de Paulianabepalingen restrictief uit', *TvI* 2000/6, p. 190-196; J.B. Huizink, 'Nogmaals artikel 47 Fw', *WPNR* (6429) 2001, p. 33-34.; F.P. van Koppen, 'Moet "wetenschap van faillissementsaanvraag" in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?' (reactie op 'Nogmaals art. 47 Fw', *WPNR* (2001) 6429), *WPNR* 6454 (2001), p. 708-711.

⁵⁹ Ik onderken dat gedetailleerder onderzoek noodzakelijk is om deze conclusie definitief te kunnen trekken. In deze bijdrage ontbreekt de ruimte voor een uitvoeriger behandeling. Ik hoop in een te verschijnen dissertatie een concreter beeld te kunnen geven.

⁶⁰ Zie voorgaande noot.

ruimer is dan tot nu toe wordt aangenomen. Het aanvaarden van de actieve opstelling betekent een bundeling van gevaltypen als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid van banken en moedervennootschappen wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid en aansprakelijkheid wegens selectieve betaling. Het klassieke beeld van de actio Pauliana zal daarmee verdwijnen.

Een andere belangrijke consequentie van het vergen van een grotere verantwoordelijkheid van partijen uit zich in de bewijslast. Partijen zullen achteraf hun handelen inzichtelijk moeten kunnen maken of hun nalaten kunnen rechtvaardigen. Dat is iets anders dan, zoals thans in de regel gebeurt, het toestaan van allerlei benadelende handelingen totdat de derde ingrijpt en aantoonst dat een handeling *niet* kan worden gerechtvaardigd. Ik onderschrijf dan ook de gedachte van Van den Heuvel dat banken, mede gezien hun anticiperend vermogen, in een faillissement moeten kunnen worden verplicht inzichtelijk te maken of zij na de kredietverlening voldoende rekening hebben gehouden met belangen van andere schuldeisers.⁶¹ Hetzelfde zou in mijn ogen behoren te gelden voor bijvoorbeeld moedermaatschappijen, bestuurders of aandeelhouders die zich met de gang van zaken van een vennootschap bemoeien. Ook zij moeten achteraf inzicht kunnen verschaffen in de vraag of er verantwoorde maatregelen zijn genomen ter voorkoming van schade bij crediteuren, bijvoorbeeld door aan te voeren dat er is gesaneerd of dat er geld is toegestopt in de redelijke verwachting dat de financiële malaise slechts van tijdelijke aard was.

Om de grotere verantwoordelijkheid te beoordelen, ligt het voor de hand een gezichts- en omstandighedencatalogus te ontwikkelen aan de hand waarvan de (on)geoorloofdheid kan worden vastgesteld. De objectivering brengt mee dat de aandacht daarbij dient uit te gaan naar gezichtspunten en omstandigheden die niet zozeer zien op de intenties van partijen, maar zich vooral richten op de handelingen die hebben plaatsgevonden of op handelingen die *hadden moeten* plaatsvinden. Dit kan door bijvoorbeeld meer te kijken naar aspecten als de gelieerdheid van partijen, de omvang van het nadeel en de mate waarin de debiteur is of kon worden beïnvloed de benadelende handeling te verrichten.

7. Tot slot

In deze bijdrage heb ik vastgesteld dat de actio Pauliana de aansluiting mist met belangrijke ontwikkelingen in het vermogensrecht, in het bijzonder drie, te weten de brede erkenning van het zorgplichtbegrip, de opkomst van lijsten van gezichtspunten en de objectivering van normen. Ik heb tevens in hoofdpijnen aangegeven wat er gebeurt als de actio Pauliana weer met de hiervoor genoemde ontwikkelingen in overeenstemming wordt gebracht. De precieze gevolgen daarvan zijn nog niet te overzien, maar het is wel duidelijk dat ze wel eens zo verstrekkend kunnen zijn dat het klassieke beeld van de actio Pauliana moet worden verlaten. De keerzijde is dat een revisie van de actio Pauliana leidt tot meer coherentie binnen het leerstuk van de overeenkomst en derden en dat daarmee de rechtsontwikkeling wordt bevorderd. Uit het punt van harmonisatie en unificatie heeft een revisie van de actio Pauliana dan ook tot voordeel dat het een vergelijking met buitenlandse rechtsstelsels op het punt van de gebondenheid van derden aan een overeenkomst vereenvoudigt. De toekomst zal

⁶¹ Overigens moet dit idee op een aantal punten nader worden uitgewerkt. Bijvoorbeeld: hoe en door wie moet de handelwijze van banken worden beoordeeld?

leren of het op het punt van leerstuk van de overeenkomst en derden dan ook daadwerkelijk ooit tot harmonisatie of unificatie komt.
